



Le paiement des obligations de faire et ne pas faire

Frédéric Rouvière

► To cite this version:

Frédéric Rouvière. Le paiement des obligations de faire et ne pas faire. Le paiement, 2014, Strasbourg, France. p.47-63. hal-01316751

HAL Id: hal-01316751

<https://hal.science/hal-01316751>

Submitted on 17 May 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le paiement des obligations de faire et ne pas faire

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur, Laboratoire de Théorie du Droit, Aix-Marseille Université

1. Point aveugle – Le paiement des obligations de faire ou de ne pas faire est un point aveugle de la théorie du paiement. En effet, le concept de paiement est rarement, pour ne pas dire jamais, appliqué à de telles obligations. Les auteurs préfèrent parler d'exécution des obligations de faire ou ne pas faire alors même qu'exécuter signifie bien payer¹ au sens juridique du terme, c'est-à-dire satisfaire le créancier²

Cette lacune est d'autant plus surprenante que le champ couvert par le paiement des obligations de faire ou de ne pas faire est immense. Il comprend tous les contrats où une partie est débitrice d'une prestation ce qui est notamment le cas pour les mandataires, les entrepreneurs, les médecins, les avocats, et de façon générale, pour tous les salariés.

En dépit de ce potentiel immense, la question est traitée maigrement par le législateur dans un article unique (CCiv. art. 1237). De même, elle n'est jamais posée comme telle devant les tribunaux. Sans doute parce que les sources légales et jurisprudentielles n'en font justement pas mention, la doctrine n'est guère incitée à parler du paiement des obligations de faire ou ne pas faire.

Pourtant, le lecteur des dispositions du Code civil ne saurait éviter de faire un raisonnement somme toute assez simple : d'un côté les obligations ont pour objet une chose à donner, faire ou ne pas faire (CCiv. art. 1126) et, d'un autre côté, « *le créancier ne peut recevoir autre chose que celle qui lui est due* » (CCiv. art. 1243) si bien qu'il paraîtrait naturel de distinguer les formes de paiement selon la nature de l'obligation (donner, faire ou ne pas faire).

2. Quasi-silence de la loi – Or ce n'est absolument pas la voie qui est suivie par le législateur. Il consacre un article unique au paiement des obligations de ne pas faire pour interdire qu'elle soit acquittée par un tiers contre l'intérêt du créancier (CCiv. art. 1237). Cette disposition légale n'a apparemment suscité aucune jurisprudence au cours de ces cinquante dernières années, c'est dire le peu de portée que la question paraît comporter.

Plus troublant encore, la lecture des dispositions légales consacrées au paiement révèle que le Code civil est largement dominé par l'idée de régler les modalités du paiement. Implicitement, tous les termes utilisés ramène le paiement à la figure de l'obligation de donner et semble supposer la plupart du temps qu'il s'agit d'une somme d'argent voire une chose entendue dans un sens strictement matériel. Ainsi, la répétition consécutive aux paiements indus ne semblent pouvoir porter que sur des sommes d'argent³, le législateur exige même la qualité de propriétaire et la capacité d'aliéner⁴ : autant d'éléments qui rappellent l'obligation de donner. De même, le paiement avec subrogation⁵ se conçoit très difficilement en dehors des sommes d'argent ; l'imputation des

¹ F. Grua, « l'obligation et son paiement », *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, n°3, p.481.

² A. Sériaux, « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD civ.* 2004, n°1, p.255 et n°5, p.235 ; N. Catala, *La nature juridique du paiement*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t.25, 1961, n°IV, p.15 ; n°6, p.37 ; n°177, p.258.

³ Mais la loi prévoit pourtant le cas où la chose indue est un immeuble : CCiv. art. 1379.

⁴ CCiv. art. 1238 al. 1

⁵ CCiv. art. 1249 à 1252

paiements⁶ évoque des règles comptables et les offres de paiement et de consignation⁷ s'inscrivent dans la même ligne intellectuelle. Jamais il n'est question du concept de paiement lorsqu'il s'agit de viser une prestation ou même une abstention par exemple en matière d'obligation de non-concurrence.

3. Ambigüités doctrinales – La doctrine paraît opiner largement dans le sens du législateur. Elle traite surtout le paiement sous l'angle de ses modalités et se concentre fortement sur les règles applicables au paiement de sommes d'argent. Affinant les relations entre les concepts de paiement et d'objet d'obligation, elle enseigne toutefois que le paiement ne se limite pas au paiement d'une somme d'argent⁸. Il vise la satisfaction du créancier, satisfaction dont les contours sont en principe déterminés par l'objet de l'obligation. Aussi, le refus de parler du paiement des obligations de faire ou ne pas faire est encore plus surprenant. L'identité proclamée entre l'objet de l'obligation et l'objet du paiement devrait conduire à approfondir le problème du paiement des obligations de faire.

En réalité, ce problème est traité comme relevant de l'exécution des obligations de faire, plus spécialement de leur inexécution voire de la responsabilité contractuelle. Ce déplacement conceptuel en lui-même devrait déjà nous alerter car la doctrine enseigne aussi que payer c'est exécuter. Ainsi, si les termes sont synonymes, le paiement des obligations de faire est bel et bien la même question que celle de leur exécution.

4. Conséquences – Tout point aveugle n'est pas seulement une ignorance ou une ombre portée. Il conduit aussi à faire de fausses hypothèses à poser de mauvaises questions. L'enjeu qui s'attache à reprendre le problème du paiement des obligations de faire ou de ne pas faire est de tenter de purifier le droit positif de questions à la fois récurrentes et difficiles à résoudre. Il ne s'agit donc pas d'une manipulation oiseuse de concepts ou une discussion visant à rétablir un hypothétique éden terminologique mais bien de montrer que les situations factuelles et le contentieux sont interrogés à partir d'instruments de mesure biaisés.

Les conséquences des relations étroites qui existent entre le paiement, l'objet de l'obligation, l'exécution et la responsabilité n'ont pas été tirées pour l'analyse de certains cas spécialement difficiles. Parce que le paiement des prestations n'est pas une qualification reçue, l'avocat, le médecin mais encore le garagiste sont soumis à une appréciation assez particulière de l'exécution du contrat qui repose en définitive sur la faute. De même, parce que le concept de paiement ne semble pas être pertinent pour qualifier une abstention, l'inexécution des obligations de ne pas faire bute sur la question du préjudice. Enfin, c'est tout le régime du paiement des obligations de faire qui manque d'unité. La spécificité des prestations *intuitu personae* se dissout et l'exécution forcée des obligations de faire est mal distinguée de la réparation en nature.

Il s'agit bien à terme de développer une véritable théorie générale du paiement incluant une prise en compte de la spécificité des objets de chaque obligation (donner, faire, ne pas faire). L'avantage d'une telle théorie est qu'elle éviterait l'émiettement du régime du paiement en reléguant à d'autres concepts (responsabilité contractuelle, inexécution, *intuitu personae*) le soin de rendre compte des solutions de droit positif.

Pour cela, il faut recentrer le paiement sur la spécificité de l'objet de l'obligation (I) afin de mettre à jour les particularités de régime qui en sont la conséquence (II).

⁶ CCiv. art. 1253 à 1256

⁷ CCiv. art. 1257 à 1264

⁸ A. Sériaux, précité ; N. Catala, précité.

I. - Spécificité de l'objet du paiement des obligations de faire ou ne pas faire

5. Paiement et objet de l'obligation – Les obligations de faire et ne pas faire ont un objet particulier qui influe sur le paiement car elle consiste soit en des prestations lorsqu'il s'agit d'obligations de faire (A) soit en abstentions lorsqu'il s'agit d'obligations de ne pas faire (B).

A - Paiement des prestations

6. Inexécution des prestations – Si l'objet de l'obligation définit la satisfaction du créancier, elle définit également ce que doit le débiteur, autrement dit ce qu'il doit effectuer pour être libéré. A cet égard, l'inexécution des prestations est bien une absence de paiement puisque l'objet de l'obligation n'est pas réalisé. L'équation qui pose que le paiement est exécution (satisfaction) signifie symétriquement que le non-paiement est inexécution. Mais c'est ici que la conception matérialiste du paiement fait sentir son emprise. Parce que les prestations sont des diligences, elles seraient avant tout de mauvais comportements et donc des fautes. Le refus de maintenir la symétrie précitée crée une lacune en ramenant le paiement au transfert de propriété de sommes d'argent et de choses (donner) et en traitant les obligations de faire à partir des concepts de faute et de dommage, propre à la responsabilité.

L'absence de pont jeté entre le non-paiement et l'inexécution a conduit à devoir imaginer la théorie trop bien connue des obligations de moyens et de résultat. Après réflexion, on s'aperçoit que cette distinction est quasiment superposable à la distinction entre faire et donner. Et cela ne doit pas nous étonner puisque le siège des obligations de moyens est l'article 1137 du Code civil qui prévoit une obligation de veiller à la conservation de la chose, autrement dit une obligation de faire. De façon plus générale, chaque fois que le débiteur doit une prestation (avocat, médecin, mandataire...) la catégorie de la faute paraît pertinente pour apprécier les diligences. Inversement, toutes les fois où il s'agit d'un transfert de propriété, il suffit de savoir si un résultat a été atteint.

7. Donner une chose et faire quelque chose – Toutes les fameuses hypothèses intermédiaires (obligation de résultat allégée ou de moyens renforcés) sont des hypothèses où se mêlent une prestation et une chose. C'est pourquoi de nombreuses jurisprudences sont aussi étranges et déconcertantes.

Par exemple, le garagiste doit parvenir à un résultat (l'automobile doit fonctionner) mais peut s'exonérer par la preuve de l'absence de faute⁹, signe d'une obligation de moyens. D'un autre côté si le véhicule retombe en panne pour la même raison, il faut prouver la faute du garagiste¹⁰ ce qui contredit une nouvelle fois le régime de l'obligation de résultat. Dans l'un de ses arrêts la Cour de cassation va même jusqu'à exiger d'établir que « *le dommage invoqué [ait] pour origine un manquement du professionnel à son obligation de résultat* »¹¹ ce qui revient à user d'une périphrase pour demander d'établir une faute.

⁹ Civ. 1^{ère} 2 fév. 1994, n°91-18764, Bull. I, n°41 : « il appartenait au garagiste de démontrer qu'il n'avait pas commis de faute »

¹⁰ Civ. 1^{ère} 14 déc. 2004, n°02-10179, Bull. I, n°322 : « *il incombait par conséquent à M. X... de démontrer que le dommage avait trouvé son origine dans la prestation effectuée par la société Vitry automobiles* » ; Civ. 1^{ère} 28 mars 2008, n°06-183-50, Bull. I, n°94 : « *il appartenait à M. X... de rapporter la preuve que la rupture de la turbine à l'origine de la panne était due à une défectuosité déjà existante au jour de l'intervention du garagiste ou était reliée à celle-ci* ».

¹¹ Civ. 1^{ère} 4 mai 2012, n°11-13598, Bull. I, n°104.

La liste de ce type de contradictions est en vérité assez longue : le teinturier peut prouver son absence de faute¹² (moyens) alors que normalement il doit rendre un vêtement sans tache (résultat). Le droit de la construction prévoit une responsabilité de plein droit selon la nature du dommage mais si les dommages ne rentrent dans aucune catégorie, il faudrait suivre le régime de la faute prouvée sans que l'on comprenne la raison profonde de cette distinction. Le dépositaire est également pris dans ce même type de paradoxe puisqu'il doit restituer la chose (résultat) en mettant en œuvre de simples diligences de garde (moyens).

Donner une chose et faire quelque chose ne sont pas la même chose. Seules les prestations pures, c'est-à-dire sans mélange d'un élément matériel s'expliquent véritablement par le pseudo-régime de l'obligation de moyens. Il en va ainsi du médecin ou du conseil de l'avocat. Encore que même ces situations peuvent engendrer de vrais paradoxes. Prenons par exemple l'hypothèse d'un notaire qui aurait oublié de renouveler une hypothèque. Peut-on engager sa responsabilité si le créancier est finalement payé, sans le recours à l'hypothèque ? Le notaire a certes manqué de diligences mais il n'a pas causé de dommage.

8. Identification de l'objet du paiement – Les difficultés précitées invitent en réalité à déterminer l'objet exact du paiement, c'est-à-dire les conditions effectives de la satisfaction du créancier. Cette voie conduit en matière contractuelle à scruter le contenu du contrat pour savoir si l'opération convenue a été réalisée. De cette façon, il deviendrait inutile de distinguer entre obligations de moyens et de résultat. Chaque fois, il faudrait se demander si le résultant en tant que paiement a été atteint. Cela conduit à scruter de façon plus fine les faits.

Ainsi, la révision d'une automobile¹³ n'a pas pour objet de garantir l'absence de pannes ultérieures sauf si la panne est précisément imputable à un défaut dans l'exécution de la prestation¹⁴. Autrement dit, le créancier n'a pas été juridiquement payé et il devra le démontrer. De même, si la panne qui succède à une réparation démontre à l'évidence l'absence de caractère satisfaisant¹⁵ le raisonnement n'est plus valable après un certain temps car aucune réparation n'est éternelle¹⁶. Ainsi, il n'existe pas une responsabilité unitaire du garagiste mais différentes cas de paiement en raison de l'objet de l'obligation. Tout raisonnement sur des catégories abstraites conduit forcément aux contradictions déjà relevées. L'application du concept de paiement permet d'appréhender de façon beaucoup plus fine les situations. En effet, le concept de paiement permet de raisonner sur un écart entre un objet concret et la réalité tandis que la faute renvoie à un idéal abstrait assez vague. Le concept de paiement permet de mieux interroger les faits.

Cette même analyse pourrait être étendue aux autres exemples cités car il ne revient pas au même de dire que le teinturier lave ou détache. L'objet de l'obligation doit être apprécié très concrètement. Encore, c'est l'utilité inhérente à l'immeuble ou à ses éléments qui, en droit de la construction, devrait être le critère de la satisfaction du créancier. Les variations dans les matériaux utilisés, le prix payé, les stipulations contractuelles condamnent toute conclusion stéréotypée. Enfin, il est évident que le dépositaire doit avant tout garder la chose et non la restituer. Cette approche concrète par l'objet du paiement évite de tomber dans le faux problème de l'obligation de résultat conditionnée par une obligation de moyens.

¹² Civ. 1^{ère} 20 déc. 1993, Bull. I, n°376.

¹³ Civ. 1^{ère} 4 mai 2012, précité.

¹⁴ Civ. 1^{ère} 28 mars 2008, précité.

¹⁵ Civ. 1^{ère} 2 fév. 1994, précité.

¹⁶ Civ. 1^{ère} 14 déc. 2004, précité : 5 ans entre l'intervention et la panne.

C'est par le même type de raisonnement qu'on comprend que le notaire qui oublie de renouveler une hypothèque a eu un comportement intrinsèquement non satisfaisant. Certes si le créancier est payé à l'échéance, le comportement défaillant du notaire n'aura pas causé d'autre dommage mais il devrait au moins conduire à réduire sa rémunération puisqu'il n'a pas fait ce à quoi il était pourtant obligé. Même s'il est minime, le préjudice existe car il s'agit d'un cas d'absence de paiement. C'est d'ailleurs cette idée qui éclaire d'un jour nouveau la question controversée de l'inexécution des obligations de ne pas faire qui sont en fait des abstentions.

B - Paiement des abstentions

9. Inexécution des obligations de ne pas faire – Le régime de l'inexécution des obligations de ne pas faire est aujourd'hui un vrai casse-tête. Le Code civil indique bien que « *le seul fait de la contravention* » à une telle obligation est sanctionné par des dommages-intérêts. Mais cela signifie-t-il que la preuve du préjudice est superflue? On voit dans cette seule façon de poser la question comment la question a déjà basculé entièrement du côté des concepts de la responsabilité.

L'hypothèse récurrente en jurisprudence est celle de la violation de l'obligation de non-concurrence. Le seul fait de réinstallation suffit-il à condamner le débiteur ou faut-il en outre établir un détournement de clientèle ?

La lettre de l'article 1145 n'exige d'établir que le fait de la contravention. Ce texte est le siège d'interprétations conflictuelles. Les juges ont d'abord décidé qu'il fallait malgré tout établir le préjudice¹⁷, ensuite ils ont confirmé cette vue en expliquant que l'article ne fait que dispenser de l'exigence de la mise en demeure¹⁸ enfin ils se sont apparemment ravisés en cassant les arrêts d'appel exigeant d'établir un préjudice¹⁹. Cette dernière solution est d'ailleurs en harmonie avec d'autres cas où le seul fait qu'un locataire n'effectue pas des réparations locatives suffit à octroyer des dommages-intérêts²⁰. A propos de l'interdiction d'utiliser un logiciel sur d'autres ordinateurs, la Cour de cassation a réitéré sa solution²¹.

Il est bien évident qu'une lecture de ces décisions à travers les seuls concepts de faute et de dommage est déroutante. En effet, on parvient à la conclusion soit qu'il y a une faute mais pas de préjudice ou inversement qu'il y a un préjudice mais pas de faute. Dans tous les cas, ces espèces se comprennent malaisément à l'aune du triptyque « faute-dommage-lien de causalité ». C'est pourquoi les auteurs ont souvent cherché à résoudre le problème en distinguant le dommage de sa preuve et en supposant que le préjudice existait mais qu'il n'était pas prouvé ou bien inversement que le dommage était présumé²².

10. Paiement et dommage – Le concept de paiement permettrait de clarifier grandement le problème de l'inexécution des obligations de ne pas faire. Pour cela, il faut admettre l'équivalence conceptuelle entre paiement et exécution pour en déduire l'équivalence symétrique entre absence

¹⁷ Civ. 1^{ère} 19 nov. 1996, n°94-20207, Bull. I, n°404.

¹⁸ Civ. 1^{ère} 26 fév. 2002, n°99-19053, Bull. I, n°68.

¹⁹ Civ. 1^{ère} 10 mai 2005, n°02-15910, Bull. I, n°201 ; Civ. 1^{ère} 31 mai 2007, Bull. I, n°212.

²⁰ Civ. 3^{ème} 13 nov. 1997, n°95-21311, Bull. III, n°202; Civ. 3^{ème} 30 janv. 2002, n°00-15784, Bull. III, n°17.

²¹ Civ. 1^{ère} 14 oct. 2010, n°09-69928, Bull. I, n°97.

²² A. Mairot, « L'obligation de ne pas faire, une obligation originale », *Revue Lamy de Droit Civil*, 2012, n°90, p.51-55, spéc. n°14.

de paiement et inexécution. Ainsi, dans le cas des obligations de non-concurrence, l'objet même du paiement est l'abstention. C'est bien pourquoi, conformément à la lettre de la loi, le *seul fait* de ne pas s'abstenir (et donc de contrevenir) est en soi un non paiement qui appelle réparation.

Si l'on allonge l'équation, on continue en posant que le paiement est satisfactoire et donc que le non-paiement est non-satisfactoire. Cette façon de raisonner paraît peut-être à certains trop simple mais elle justifie pourtant la solution actuelle de la Cour de cassation si l'on franchit un pas supplémentaire en considérant que tout ce qui est non-satisfactoire est préjudiciable. Ainsi la chaîne conceptuelle entre paiement et responsabilité est rétablie. Le paiement est une exécution, c'est-à-dire une satisfaction tandis que le non-paiement est une inexécution, une non-satisfaction qui est conceptuellement un dommage. L'apport du concept de paiement est ici immense puisqu'il permet d'expliquer que la preuve du non-paiement est la preuve du préjudice et ainsi que l'inexécution est le nom donné aux dommages contractuels²³.

11. Dommages consécutifs – Pour que les choses restent claires, il faut alors bien différencier le dommage initial (le non-paiement) des préjudices consécutifs. En effet, comme dans toute situation de fait dommageable, un premier dommage est souvent la source d'un autre et ainsi de suite. Très souvent le raisonnement a été menée pour ainsi dire à l'envers. Par exemple, parce que les propriétaires ont revendu l'immeuble loué et que l'immeuble a été démoli, les réparations locatives ne pouvant être effectués, elles ne seraient plus dues. Mieux : la revente prouverait qu'il n'y avait pas de préjudice. Mais raisonner de cette façon, c'est inverser la cause et l'effet. L'absence de réparation locative est un non paiement intrinsèquement préjudiciable et doit être réparé à ce titre. Que la dégradation de l'immeuble n'ait pas empêché la vente prouve seulement qu'il n'y a pas eu de préjudice distinct. La démolition de l'immeuble rend effectivement impossible les réparations mais l'usage des dommages-intérêts a toujours été considéré comme libre par les juges²⁴.

Dans le même ordre d'idées il faut bien différencier le fait de la violation de l'obligation de non-concurrence (le débiteur se réinstalle) de la perte de clientèle du créancier. Il est évident que ce dernier dommage suppose la preuve du premier. Ceux qui insistent trop sur l'absence de perte de clientèle devraient pourtant considérer que la réinstallation obère forcément la faculté d'augmenter la clientèle future : c'est le principe même de la concurrence. Mais ce n'est pas ce dommage (trop hypothétique) qui est indemnisé mais bien le fait même de la concurrence, le fait même de la réinstallation.

Le paiement du débiteur consistait en une abstention, le fait d'agir est une inexécution qui appelle nécessairement une indemnisation visant à rétablir la satisfaction dont le créancier a été privé. Ce dommage initial et primitif existe indépendamment de dommages consécutifs comme la perte effective de clientèle.

12. Evaluation – Bien souvent il est reproché au raisonnement juridique d'être trop abstrait et théorique. En effet, il est certain que l'absence de paiement est un dommage : mais comment l'évaluer en pratique ?

D'abord, on fera remarquer que cette difficulté n'est pas propre aux obligations de ne pas faire car bien des dommages (tel le dommage moral ou le *pretium doloris*) sont très difficiles à évaluer. En vérité, il n'existe que deux types de dommages dont le quantum est simple à fixer : les pertes d'argent et les pertes de chose dans la mesure où il existe une économie de marché fixant un prix par

²³ F. Rouvière, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, PUAM, 2005, n°265, p.217.

²⁴ Civ. 2^{ème} 8 juill. 2004, n°02-20199, Bull. II, n°391: « le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui conserve leur libre utilisation ».

le jeu de l'offre et la demande. Tous les autres préjudices comportent une part inévitable de subjectivité dans leur quantification.

Ensuite, à la différence des préjudices moraux, le dommage constitué par l'absence de paiement d'une obligation de ne pas faire dispose d'une base objective. La plupart de ces obligations, pour ne pas dire toutes, ont une origine contractuelle. Elles ont donc une contrepartie. D'ailleurs l'existence de cette contrepartie est une condition de validité des obligations de non-concurrence dans le contrat de travail. Les cessions de clientèles se font également avec une contrepartie pécuniaire la plupart du temps. Ainsi, en dehors de tout autre préjudice, le non respect de l'obligation de non-concurrence déséquilibre forcément l'accord contractuel. Dans le cas de la non-concurrence postérieure au contrat de travail et toujours en dehors de tout préjudice distinct, les dommages-intérêts peuvent être calculés en fonction du prix payé par le créancier pour obtenir l'abstention. Mais parfois, les choses sont encore plus simples. C'est ainsi que, dans le contrat de bail, il est aisé d'évaluer le prix des réparations.

Autrement dit, le concept de paiement est encore d'une aide précieuse. Il permet de recentrer le débat sur l'objet de l'obligation et donc sur la satisfaction du créancier. De même la question de l'évaluation du dommage s'éclaire puisque la cause de chaque obligation se trouve dans l'objet de l'autre obligation²⁵ ce qui justifie d'en tenir compte pour fixer le montant des dommages-intérêts. De façon générale, la référence à prendre en compte est la satisfaction que l'exécution était censée procurer au créancier. Cette spécificité imprime alors au régime du paiement certaines particularités.

II - Particularités du régime des obligations de faire ou ne pas faire

13. Régime du paiement – Les obligations de faire et ne pas faire peuvent être marquées par un fort *intuitu personae* qui limite le paiement par un tiers (A) ou leur exécution forcée (B).

A - Paiement par un tiers

14. Interdiction circonstanciée du paiement par un tiers – Alors que l'obligation peut être acquittée par une personne qui n'y est point intéressée (CCiv. art. 1236), le législateur a également prévu que le créancier peut néanmoins s'y opposer dans le cas des obligations de faire (CCiv. art. 1237). Mais la lettre de la loi dit bien que le créancier doit avoir intérêt que l'obligation soit remplie par le débiteur lui-même. Autrement dit, toutes les obligations de faire n'entraînent pas en elles-mêmes une interdiction de l'exécution par un tiers.

Le destin de cette disposition légale a de quoi éveiller la curiosité puisqu'elle n'a suscité aucune jurisprudence, comme si les tiers n'exécutaient jamais d'obligation de faire. Or l'on sait que c'est rigoureusement faux puisque la sous-traitance ou simplement la pluralité d'employés au sein d'une même entreprise vont nécessairement conduire à faire exécuter des prestations par un tiers. Pour le dire d'une autre façon, cet article définit sans le dire la notion d'*intuitu personae* par le critère de l'intérêt du créancier.

Mais il y a plus curieux encore : pourquoi l'article ne mentionne pas les obligations de ne pas faire ? En effet, le créancier a semble-t-il souvent intérêt à ce que l'obligation de ne pas faire soit exécutée par le débiteur lui-même. Cela semble particulièrement évident dans le cas des obligations de non-concurrence qui, par hypothèse, n'ont de sens que si le débiteur s'abstient en personne.

²⁵ Civ. 3^{ème} 4 mai 1983, n°79-16575, Bull. III, n°103.

Dans les deux cas, il semble que le paiement de certaines obligations de faire ne puisse être délégué ou même ces obligations cédées. C'est là une réelle particularité du régime aujourd'hui encore trop méconnue.

15. Transmission ou substitution interdites – En portant le regard sur de nombreuses dispositions légales ou solutions jurisprudentielles dispersées, on s'aperçoit que cette interdiction est plus fréquente qu'elle n'y paraît.

Ainsi, l'article 1122 dispose qu'« *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou résulte de la nature de la convention* ». La mention de la nature de la convention évoque désormais irrésistiblement l'*intuitu personae*, c'est-à-dire la considération décisive de la personne dans l'exécution de la prestation ou de l'abstention. De même, l'article 1795 prévoit l'extinction du contrat d'entreprise en raison de la mort de l'ouvrier, l'architecte ou l'entrepreneur laissant penser que les obligations de faire qu'il contient sont au moins présumées *intuitu personae*. Encore, si le mandataire n'a pas reçu pouvoir de se substituer un autre mandataire, il répond du sous-mandataire en son nom propre à l'égard du mandant (CCiv. art. 1194). Autrement dit, la loi reconnaît implicitement l'inopposabilité de la convention au mandant, même si ce dernier conserve toujours une action directe contre la mandataire substitué.

Du côté de la jurisprudence se retrouve une inspiration semblable. Par exemple, la transmission de l'action en exécution contre le bailleur à nourriture est impossible²⁶, la préemption du bail également²⁷. La cessibilité de la franchise est également impossible, qu'elle émane du franchiseur²⁸ ou du franchise²⁹.

De même, de nombreux contrats semblent par leur nature même tomber sous le coup d'une interdiction de transmission ou de substitution. C'est le cas du contrat de travail, notamment lorsque le salarié est choisi en fonction de compétences précises mais encore dans le bail rural, les contrats portant sur une production littéraire ou artistique. Le contrat médical est lui dans une position incertaine et intermédiaire puisque la compétence d'un médecin semble interchangeable avec celle d'un autre puisque les clientèles civiles peuvent être désormais cédées mais sous la réserve de la liberté de choix du patient³⁰. Implicitement, cela revient à considérer que la médecine est de moins en moins un art mais plutôt une science.

Enfin, un problème intéressant et peu traité est celui de savoir si le cautionnement obéit strictement au même régime que l'obligation principale. En effet, le cautionnement porte en pratique quasiment exclusivement sur des sommes d'argent mais la lettre de la loi n'interdit pas explicitement de cautionner une obligation de faire (CCiv. art. 2288). La question est alors de savoir si la caution est tenue d'une obligation de même nature que l'obligation principale ou bien si elle n'est tenue que de la sanction pécuniaire de cette obligation ? Dans le second cas, il n'y aurait alors strictement aucune différence sur ce point avec la technique du porte-fort d'exécution. Pourtant, le droit des sûretés admet que le garant puisse souscrire une obligation de faire puisque tel est la caractéristique notable de la lettre d'intention (CCiv. art. 2322).

²⁶ Civ. 1^{ère} 19 sept. 2007, n°05-29771, Bull. I, n°298.

²⁷ Civ. 3^{ème} 8 mars 1983, n°82-1106, Bull. III, n°69 : « *le bail à nourriture ainsi conclu intuitu personae échappait au droit de préemption du preneur* ».

²⁸ Com. 3 juin 2008, n°06-13761, Bull. IV, n°110 et 111.

²⁹ Com. 15 mai 2007, n°06-12871, Bull. IV, n°69.

³⁰ Civ. 1^{ère} 7 nov. 2000, n°98-17731, Bull. I, 283.

Dans tous les cas, le paiement d'une obligation de faire *intuitu personae* obéit bel et bien à un régime dérogatoire du droit commun des obligations.

16. L'*intuitus personae* des obligations de ne pas faire – Toutes les obligations de ne pas faire paraissent être *intuitu personae*. C'est l'évidence pour les obligations de non-concurrence qui impliquent directement l'activité du débiteur considéré et ne peuvent donc être payées par autrui. Mais de façon plus surprenante c'est encore le cas pour des obligations de ne pas faire qui portent sur une chose comme l'interdiction de construire. En effet, ce type d'obligation ne se transmet nullement avec la chose. Décider le contraire c'est reconnaître l'existence d'une servitude, droit réel accessoire qui, à la différence de l'obligation, suit la chose ne que quelques mains qu'elle passe.

L'hypothèse de la vente de la chose objet de l'obligation de ne pas faire illustre d'ailleurs la possibilité pour le débiteur d'éteindre unilatéralement son obligation. En effet, l'obligation n'étant stipulée que pour une chose particulière la vente libère le débiteur. Cette cause d'extinction n'est pas une résiliation unilatérale mais plutôt une forme de caducité pour perte d'objet ou plus simplement encore une extinction pour perte de la chose (CCiv. art. 1235) qui a ceci de particulier que cette perte est volontaire.

Pour le dire directement, une obligation de ne pas faire ne peut jamais être payée par autrui. Pour la transmettre à autrui, il faudrait que le nouveau débiteur s'engage personnellement ce qui revient à créer une obligation distincte. De même, la transmission automatique de l'interdiction avec la chose correspond à la qualification de servitude, droit réel.

L'abstention est ainsi toujours propre à une personne. Aussi, l'article 1237 devrait être interprété extensivement en incluant les obligations de ne pas faire pour lesquelles le créancier a toujours intérêt à l'exécution par le débiteur lui-même. En d'autres termes, bien que l'article 1237 fasse figure d'exception au principe du paiement par un tiers, l'interprétation doit être réalisée dans toute la plénitude de la raison d'être de la disposition³¹. Plus simplement, on pourra admettre avec Jean Carbonnier que l'obligation de faire inclut virtuellement l'abstention qui est une autre façon de faire. Bref, les obligations de ne pas faire de ne peuvent pas être payées par autrui. Ce qui pourrait passer pour une évidence est trop souvent passé sous silence ce qui empêche de construire une théorie véritablement générale du paiement incluant toutes les formes d'obligations et non pas seulement l'obligation de donner.

B - Exécution forcée

17. Régime dérogatoire pour l'*intuitu personae* – La lecture des manuels de référence apprend en général que les obligations de faire ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, du moins celles qui mettent en cause la liberté du débiteur. C'est une nouvelle reprise implicite du critère de l'*intuitu personae*, reprise qui paraît d'autant plus évidente quand on songe à l'exemple toujours rapporté du peintre qui refuse d'exécuter le portrait commandé³². Lorsque la prestation implique la personne même du débiteur, il est évident que toute exécution forcée s'apparenterait à un travail forcé. Aussi, la possibilité qu'évoque la loi de « *faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* » (CCiv. art. 1144) ne paraît convenir qu'à des prestations qui ont un certain caractère générique.

³¹ G. Cornu, *L'application des réformes récentes du code civil*, Cours DES, 1970-1971, p.216.

³² Civ. 14 mars 1900, D. 1900, 1, p.497.

Autrement dit, ainsi que des auteurs l'ont déjà esquissé³³, la non-fongibilité est aux biens ce que l'*intuitus personae* est aux prestations. Ce qu'on appelle « *intuitus personae* » sont des prestations qui impliquent des caractères personnels du débiteur qui font que lui seul peut l'exécuter de façon satisfaisante. Autrement dit, lui seul peut payer et c'est justement pour cette raison que le paiement forcé s'apparente tant à un travail forcé.

En droit des biens la fongibilité désigne les choses de genre, celles qui peuvent être remplacées par une chose de la même espèce. Par opposition, les choses non-fongibles désignent des corps certains qui sont des choses uniques (telles les œuvres d'art). Le critère de la substituabilité issu du concept de fongibilité est alors particulièrement éclairant pour comprendre ce qu'est une obligation de faire *intuitu personae*. Une telle obligation existe lorsque la prestation est unique en son genre et implique ainsi forcément les talents et aptitudes du débiteur.

18. Exécution forcée et en nature – Cependant, l'absence d'exécution forcée ne signifie pas que le débiteur n'est jamais payé en nature, c'est-à-dire en raison de l'objet même de l'obligation. La technique de l'astreinte permet de créer une pression indirecte pour inciter le débiteur à s'exécuter. De même, la démolition d'un ouvrage édifié en contravention d'une obligation de ne pas faire (CCiv. 1143) est une exécution en nature qui n'est pas à proprement parler une exécution forcée car ce n'est pas nécessairement le débiteur lui-même qui doit procéder à la démolition.

On le voit, la réalisation de l'objet de l'obligation demeure l'objectif principal. En effet, le paiement se définit précisément comme l'exécution de la prestation convenue. Aussi, le paiement forcé pourrait se définir comme tous les moyens permettant directement ou indirectement de procurer au créancier une satisfaction conforme à l'objet initial de l'obligation.

19. Application aux avant-contrats de vente – S'il existe bien un domaine où la question de l'exécution forcée est problématique c'est bien celui-ci des avant-contrats de vente, notamment la promesse unilatérale de vente (PUV) et le pacte de préférence.

20. Promesse unilatérale de vente et exécution forcée – La Cour de cassation persiste à refuser l'exécution forcée de la PUV lorsque le promettant a rétracté son consentement avant le terme convenu pour lever l'option. La justification de la solution n'est pas aisée à découvrir. D'abord fondée en partie sur la nature d'obligation de faire³⁴, cette référence a été ensuite abandonnée³⁵. L'argument de l'absence de rencontre des volontés est fragile car il aligne implicitement le régime de la PUV sur celui de l'offre, librement rétractable. Au fond, il n'existe guère de différences avec une rupture fautive de pourparlers si ce n'est qu'en matière de PUV le fondement des dommages-intérêts sera contractuel.

C'est pour cette raison que la référence à l'obligation de faire n'est pas inopportune si on entend par là signifier qu'elle n'est pas susceptible d'exécution forcée car elle implique de forcer une personne à consentir. C'est ici que la différence entre *intuitu personae* et liberté devient importante. Si l'exécution forcée (qui, rappelons-le, est un paiement forcé) trouve une limite dans la liberté, le juge considère implicitement qu'aucune convention ne peut réduire la liberté de contracter tant que le contrat n'est pas conclu. En revanche, le promettant ne s'est certainement pas engagé dans une

³³ Comp. D. Krajewski, *l'intuitus personae dans les contrats*, Toulouse, thèse dactyl., 1998, p.402, n°466 ; M. Behars Touchais, *Le décès du contractant*, Economica, 1988, p.132, n°138.

³⁴ Civ. 3^{ème} 15 déc. 1993, n°91-10199, Bull. III, n°17 : « L'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés ».

³⁵ Civ. 3^{ème} 11 mai 2011, n°10-12875, Bull. III, n°77 : « la levée d'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

obligation de faire *intuitu personae*. Que ce soit lui ou son héritier qui consente ne change rien à la satisfaction du bénéficiaire ayant levé l'option. En effet, ce qui intéresse ce dernier est le bien lui-même et non la personne du débiteur.

Ainsi, les volontés ne se sont peut-être pas rencontrées mais rien n'interdit la Cour de cassation de forcer le débiteur à consentir et ensuite de le condamner à délivrer le bien. D'ailleurs, tous les transferts de propriété ne sont pas forcément conventionnels. Le paiement d'une obligation de faire sans *intuitu personae* paraît totalement justifié. Si consentir c'est faire, alors les juges peuvent ordonner un paiement forcé sous la forme d'un consentement forcé.

21. Pacte de préférence et exécution forcée – S La vente à un tiers d'un bien objet d'un pacte de préférence obéit à un problème quelque peu différent. En effet, il ne s'agit pas seulement ici de forcer le débiteur à vendre le bien à une personne déterminée mais encore de sanctionner indirectement le tiers de mauvaise foi ayant acquis le bien en pleine connaissance de cause. C'est du moins le revirement opéré par la Cour de cassation depuis 2006³⁶ qui autorise désormais le bénéficiaire du pacte à exiger l'annulation du contrat passé avec le tiers dont la mauvaise foi est établie.

Cette solution me paraît pouvoir être justement éclairée à partir d'une réflexion sur l'objet du paiement. En effet on se trouve la satisfaction du créancier. Apparemment, il y a au moins trois sortes de réponses possibles. Soit l'objet du pacte est seulement de l'informer d'une décision de vendre, soit l'objet du pacte consiste en une offre prioritaire, soit l'objet du pacte est de créer un droit conventionnel de préemption³⁷. Dans chacun des cas, la satisfaction du créancier est différente et l'exécution forcée n'est pas toujours possible. Si l'objet du paiement consiste dans une information prioritaire, il est évidemment impossible de revenir sur une information tardive du créancier. Si le paiement consiste à formuler une offre, on revient à la difficulté précitée sur les PUV, à savoir, peut-on contraindre un débiteur à consentir ? Enfin, s'il s'agit d'un droit de préemption, du moment qu'il est opposable aux tiers, sa sanction naturelle est la substitution à l'instar des sanctions légales déjà prévues³⁸.

Dans toutes les hypothèses précitées, on retrouve pareillement l'absence de prestation *intuitu personae* et une même problématique entre la liberté de consentir et l'obligation préalablement contractée. Afin d'unifier les solutions du pacte de préférence et de la PUV, on voit combien une réflexion à partir du concept de paiement forcée est profitable. De façon générale, c'est le paiement des obligations de faire et ne pas faire qui mérite qu'on y pose un nouveau regard levant le point aveugle dont elles sont l'objet.

³⁶ Ch. mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, Bull. ch. mixte, n°4.

³⁷ F. Rouvière, « Le pacte de préférence rapproché des droits de préemption », *Defrénois* 2012, n°12, art. 40531, p.629-633.

³⁸ C. patr. art. L. 213-1 ; C. civ. art. 815-5; C. rur. art. L. 412-11 et L. 143-8; C. urb. art. L. 213-1 al. 3. Egal. C. Saint-Alary-Houin, *Le droit de préemption*, thèse LGDJ, t.164, 1979, n°267 s., p.241 s.